II.

Bemerkungen aus dem römischen Oeconomierechte.

Von Herrn Professor Guyet in Heidelberg.

I.

Ueber die auf fremdes Gebiet herüberhängenden Baumäste.

Ungeachtet der auffallenden Erscheinung, daß die römischen Rechtsquellen nirgends einen Versuch machen, den Begriff des Eigenthums aufzustellen, ist man doch in der neueren Zeit so ziemlich allgemein darüber einverstanden, daß man unter dem Eigenthume das unbeschränkte und ausschließliche Recht der Disposition über eine körperliche Sache zu verstehen habe [1]), und in der That sind alle einzelnen Prädicate des Eigenthums, wie sie sich in den Quellen finden, unbedingte Beweise für die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung. Allein es folgt daraus natürlich keinesweges, daß nicht auch durch allgemeine Vorschrift oder durch Privatwillkühr Ausnahmen gegen diese Definition festgesetzt werden könnten, und wirklich finden sich im römischen Rechte nicht wenige sogenannte gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums verordnet, welche sämmtlich auf dem öffentlichen Interesse und auf der Pflicht des einzelnen Bürgers beruhen, zum Wohle seiner Mitbürger beizutragen, selbst wenn dies nur mit seinem Schaden geschehen könnte. Namentlich enthalten die Rechtsquellen, was hier allein und

---

1) Abweichender Meinung sind wohl nur Huber praelectiones ad Institut. L. II. t. 1. §. 13 und Gesterding die Lehre vom Eigenthume, S. 3 – 10,

nur in einem einzelnen Puncte betrachtet werden soll, Beschränkungen des Eigenthumsrechtes an den, auf unseren Grundstücken befindlichen Bäumen, sie gebieten, daß man einen Baum nicht über die eigene Gränze hinaus, in den über dem Nachbargrundstücke befindlichen Luftraum überwachsen lassen solle, sie befehlen dem Eigenthümer des Baumes, die überwachsenden Aeste abzuhauen, und erlauben sogar, dem Beeinträchtigten, wenn jener sich dessen weigert, die Aeste bis zu einer gewissen Höhe selbst zu kappen, und das Holz für sich zu behalten, welche letzte auffallende und in Wahrheit eine eigentliche Selbsthülfe begründende Erlaubniß schon in den zwölf Tafeln enthalten war, späterhin aber noch durch das Edict mit dem Schutzmittel eines Interdicts versehen wurde. Aus dieser Vorschrift argumentiren nun fast [2]) alle älteren und neueren Rechtsgelehrten weiter, und stellen die, namentlich in sämmtliche Lehrbücher übergegangene Behauptung auf, daß übrigens der Eigenthümer des Grundstückes verbunden sey, diejenigen Aeste des Nachbarbaumes zu dulden, welche über die gesetzliche Höhe hinaus — nach der richtigeren Ansicht, von funfzehen Fuß Höhe vom Boden an gerechnet — in seinen Luftraum hineinragen, daß er sich deshalb gegen den Eigenthümer des Baumes nicht beschweren dürfe, und daß folglich hierin eine weitere gesetzliche Beschränkung des Eigenthums an Grundstücken enthalten sey [3]). Die Gründe für diese hier zu widerlegende Ansicht

---

2) Als Ausnahme weiß der Verf. nur zu nennen: von Koch, in Grolman und Löhr Magaz. Bd. IV. (II.) S. 331—352, besonders S. 341—343., dessen Gründe jedoch kaum der Erwähnung verdienen; vielleicht ist auch Lang de leg. 1. de arbor. caed. 1823. S. 6 ff. dieser Ansicht, doch drückt er sich zu unbestimmt aus.

3) So verschieden auch bekanntlich die Ansichten über die quindecim pedes sind, so stimmen doch alle Bearbeiter jener Streitfrage in Aufstellung obiger Behauptung überein, s. Cujacii notae ad Paull. recept. sentent. L. V. tit. 6. §. 13. Voëtii comm. ad Dig. Lib. 43. tit. 27. Brunnemann comm. ad Dig. eod.

sind, wenn überhaupt Gründe vorgetragen werden, stets nur, daß eben der Umstand, daß das Recht des Beeinträchtigten die überhängenden Aeste selbst abzuhauen, sich nur auf die Aeste der unteren fünfzehn Fuß erstreckt, den Beweis dafür liefere, daß er gegen das Ueberragen der Aeste des Nachbarbaumes in größerer Höhe sich gar nicht beschweren dürfe, sondern es sich gefallen lassen müsse; und sodann, daß die hierher gehörige Hauptstelle [4]) in den einschlagenden Worten:

> Differentia duorum capitum interdicti haec est, siquidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coërceri

anzeige, daß die Aeste eben nur bis zu der Höhe von 15 Fuß vom Boden an abgehauen werden müßten, mithin in größerer Höhe ruhig stehen bleiben könnten, womit denn die behauptete Beschränkung des Eigenthums an dem, durch das Hereinragen der Aeste beeinträchtigten Grundstücke dargethan sey. Indessen liegt in dem ersten Grunde die seltsamste Logik, die sich wohl denken läßt, denn wie aus der Bestimmung, daß der Beeinträchtigte selbst die fremden Aeste bis zu 15 Fuß abhauen darf, folgen soll, daß mithin der Eigenthümer des Baumes alle höheren Aeste ruhig in eine fremde Luftsäule hineinragen lassen dürfe, ist doch in der That unbegreiflich! es folgt vielmehr nichts weiter daraus, als daß

Donelli comment. de jure civili, L. XV. cap. 36. i. f. Majansii disputat. jur. T. I. Disp. 9. §. 7. Höpfner Commentar §. 827. 3. c. Westphal de libert. et servit. praedior. Sect II. c. 1. §. 35. Thibaut Civilist. Abhandl. S. 1. 4. Dessen Pandectenrecht §. 582. 1. Hugo Rechtsgeschichte 9te Aufl. S. 158. Dirksen in der Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. Bd. II. S. 428—431. Langenn u. Kori Erörterungen, Th. II. S. 240. 241. Wening System, Buch II. §. 12. A. 1. Buch III. §. 298. Mackeldey Lehrbuch §. 267 b. s. u A. m.

4) L. 1. §. 9. de arboribus caedendis (43. 27.)

der Beeinträchtigte die höheren Aeste eben nicht selbst abhauen darf, d. h. daß ihm die immerhin bedenkliche, und den sonstigen römischen Ansichten [5] offenbar zuwiderlaufende Selbsthülfe, welche das Interdict de arboribus caedendis sanctionirte und schützte, nur hinsichtlich derjenigen Aeste erlaubt ist, welche ihm den meisten Schaden zufügen, nicht aber auch hinsichtlich der anderen nicht völlig ebenso schädlichen Aeste; — damit ist aber über Rechtsmittel zum Zwecke der Beseitigung dieser Aeste kein Wort gesagt, sowie überhaupt das genannte Interdict gar nicht unmittelbar die Aeste, sondern die gegen sie erlaubte Selbsthülfe zum Gegenstand hat. Der zweite Grund aber fällt, genau betrachtet, mit diesem ersten gänzlich zusammen. Die abgedruckten Worte der Quellen sagen nämlich nichts mehr, als daß das Recht des Selbstabhauens, auf welches sich das Interdict allein bezieht, sich nicht weiter, denn auf die Aeste in den unteren 15 Fuß erstrecke, sprechen aber natürlich nicht von dem Abhauen überhaupt, da sie zur Erklärung der ebendaselbst [6] angeführten Edictsworte dienen sollen, mithin, ohne ihnen den äußersten Zwang anzuthun, auch nur von dem im Edicte erlaubten Selbstabhauen verstanden werden dürfen; sie entscheiden folglich für den Gebrauch und die Wirksamkeit allgemeiner Rechtsmittel gar nicht, vermöge deren der Eigenthümer des Baumes verpflichtet würde, die Aeste zu kappen.

Andere Gründe, außer etwa noch allgemeinen Tiraden über Billigkeit, welche aber in allen solchen Fällen die höchste Unbilligkeit ist, finden sich nicht, und man könnte daher sich ganz einfach darauf berufen, daß die hier in Frage stehende angebliche Beschränkung der Freiheit des Eigenthums nicht bewiesen ist, folglich nicht existire. Die Römer haben näm-

5) L. 29. §. 1. ad leg. Aquil. (9. 2.) zeigt dies auf eine auffallende Weise.

6) L. 1. cit. §. 7.

lich ganz unzweifelhaft die Ansicht gehabt, daß jedem Eigenthümer von Grundstücken auch das Eigenthum an dem Boden bis hinab in alle Tiefe unterhalb der Oberfläche, und ebenso das Eigenthum an der (sonst zu den res communes omnium gehörigen und nicht im Verkehre befindlichen) Luftsäule oberhalb des Grundstückes bis in alle Höhe hinauf gebühre [7]) namentlich in der Weise, daß man jeden Andern von Eingriffen und von Beschränkungen dieses Luftraumes abhalten darf; ebenso ist die schon aus dem Begriffe des Eigenthums unbedingt herzuleitende, und auf dessen Natur als einer Regel gegründete sogenannte praesumtio pro naturali libertate dominii auch in den Rechtsquellen ausgesprochen [8]). Aus beiden Prämissen folgt aber der wohl von Niemanden im Ernste geläugnete Hauptgrundsatz, daß jede Behauptung einer allgemeinen oder speciellen, auf angeblichem Gesetze oder auf Privatwillkühr beruhenden Beschränkung in der Freiheit des Eigenthums überhaupt, und namentlich des Eigenthums an der über unserem Grundstücke befindlichen Luftsäule, entweder auf das strengste und vollständigste bewiesen, oder aber entschieden verworfen werden muß.

Man könnte also im Grunde hiermit schon unsere Frage für beantwortet, und die Behauptung, daß der Grundstückeigenthümer die höher als 15 Fuß in seine Luftsäule hineinragenden Aeste des Nachbarbaumes dulden müsse, für eine unbewiesene, folglich absolut unrichtige ansehen. Allein zum Glücke bieten die Quellen noch mannigfache Gründe positiver

7) L. 1. pr. de servit. praed. urban. (8. 1.) L. 8. §. 5. L. 14. §. 1. L. 17. pr. si servitus vindicetur (8. 5.). L. 29. §. 1. ad leg. Aquil. cit. L. 21. §. 2. L. 22. §. 4. quod vi aut clam (43. 24.). L. 6. §. 2. arborum furtim caes. (47. 7.) L. 44. de injuriis (47. 10.). L. 8. 9. Cod. de servitutibus (3. 34.).

8) L. 10. pr. si servitus vindicetur (8. 5.), L. 26. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 7—9. Cod. l. c. Alciatus de praesumtionibus. Lib. II. praesum. 3. §. 1.

Art dar, welche das nämliche Resultat, wo möglich, noch weit besser darthun.

Vor allen Dingen muß hier der entschiedene, und für die ganze Eigenthumslehre sehr folgenreiche allgemeine Grundsatz der Römer angeführt werden, daß zwar Jeder mit seinem Eigenthume nach Belieben schalten kann, so lange er sich in dessen Gränzen hält, daß es aber nicht erlaubt ist, dergestalt darüber zu disponiren, daß dadurch eine Einwirkung auf eine fremde Sache stattfinde, namentlich nicht so, daß irgend etwas dem Eigenthümer der fremden Sache Nachtheiliges oder Beschwerliches, in oder auf die fremde Sache hingebracht werde oder sonst geschehe. Dies wird nicht allein in einer Anwendung auf den Fall gezeigt, wo eine Mauer sich dergestalt geneigt hatte, daß sie in das daran gebaute Nachbarhaus hinein einen Bauch machte, und so dessen Raum beengte, wo ausdrücklich dem Beeinträchtigten eine Klage gegen den Eigenthümer der Mauer auf Beseitigung dieses Eingriffes gestattet wird 9), sondern der Grundsatz findet sich selbst theoretisch auf das klarste in den Rechtsquellen ausgesprochen. Bei der Gelegenheit nämlich, daß ein gewisser Cerellius Vitalis sich durch den Rauch einer Käsebereitungsanstalt, die sich in einem fremden Hause befand, sehr belästigt sah und deshalb bei dem Rechtsgelehrten Aristo Raths erhohlte, respondirte dieser, das sey, wenn nicht eine besondere Servitut dafür gegeben sey, so wenig gestattet, als man Wasser oder etwas Andres von dem höher liegenden Platze auf das niedriger gelegene fremde Eigenthum bringen dürfe, und stellte als Grund die allgemeine Regel auf:

> in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat 10),

---

9) L. 14. §. 1. L. 17. pr. si servitus vindicetur (8. 5.). Dies gilt sowohl von der im Alleineigenthume befindlichen, als von der gemeinschaftlichen Wand.

10) L. 8. §. 5. eod. tit. Auf diesem Grundsatze beruht die Mög=

welcher ganz allgemeine und nicht füglich mit einem Worte zu übersetzende Ausdruck immittere jede Einwirkung auf das fremde Eigenthum bedeutet; sie soll also verboten seyn, und die bekannte Regel: qui jure suo utitur neminem laedit, erleidet dadurch eine Modification. Offenbar aber muß von allen Aesten des fremden Baumes, welche in meine Luftsäule hineinragen, und mir durch Entziehung von Luft, Licht und Sonne Schaden zufügen, ebenso gesagt werden, daß sie immissi seyen, folglich findet gegen den Eigenthümer des Baumes auf deren gänzliche Beseitigung, in soweit sie „immissi" sind, eine Klage statt. Diese Klage war übrigens, wie sich schon von selbst versteht, die negatoria actio, indem sie zur Wegräumung aller theilweisen Störungen des Eigenthumes diente, und ihre Formel (in der Intention) sehr häufig gerade so angegeben wird, wie dies in den bisher angeführten Stellen der Fall ist, nämlich: jus illi non esse rem (parietem) ita habere [11]).

Man muß aber noch weiter gehen, und geradezu behaupten, daß die Römer, wenn sie die hier bestrittene Beschränkung der Eigenthumsfreiheit wirklich angenommen hätten, sich einer auffallendeu Inconsequenz schuldig gemacht haben würden, indem sie hinsichtlich der Bäume, und zwar sowohl in Betreff der Aeste als der Wurzeln, die allgemeine und nach ökonomischen Gründen leicht begreifliche Regel aufstellen, daß dadurch dem Nachbargrundstücke in keiner Art Schaden er-

lichkeit der servitus protegendi und projiciendi, die sonst nicht existiren könnten, wenn ein solches Ueberragen schon von selbst erlaubt wäre. Ueber die Bedeutung von immittere, welches sehr häufig in den Rechtsquellen vorkömmt s. Brissonius de verbor. signif. s. h. v.

11) L. 5. pr. si ususfr. petatur, (7. 6.) §. 2. J. de actionibus (4. 6.). Brissonius de formulis L. V. s, v. negatoria, ed. Francof. 1592. p. 376. 377. Speciell für unseren Fall nimmt auch Andreae ad tit. de arb. caed. 1818, p. 31. die negatoria actio an.

wachsen dürfe [12]) — sie beschränken also sogar den Baumeigenthümer hinsichtlich der Disposition über seinen Baum **auf seinem Eigenthume selbst** [13]), wie wäre es nun denkbar, daß sie ihm verstatteten, die Aeste seines Baumes, wenn sie nur über 15 Fuß vom Boden erhaben wären, ungehindert in die fremde Luftsäule hinein auszubreiten? Schrieben ja doch schon die zwölf Tafeln vor, daß ein vom Winde umgebogener (nicht umgestürzter) Baum von dem Eigenthümer wegzuschaffen sey, und letzterer von dem Nachbarn durch die Negatorienklage dazu gezwungen werden könne [14]), und welcher Unterschied sollte nun zwischen den durch den Wind über die Gränze in den fremden Luftraum hinein gebogenen Bäumen, und den herübergewachsenen bestehen? wäre es endlich nur wohl möglich, die Wirkung lang andauernder Winde auf die Richtung des Baumes und seiner Aeste von der Wirkung des allmäligen Wachsthums zu unterscheiden, und sollten die practisch klugen Römer hieran einen rechtlichen Unterschied geknüpft haben?

Es ist hiernach vollkommen richtig, wenn **Paulus** [15]) ganz allgemein sagt, daß der über das fremde Grundstück hereinhängende Baum behauen (sublucare) werden müsse, und daß der Baumeigenthümer dazu mittelst einer Klage gezwungen werde. Diesen **allgemeinen** Grundsatz stellt er voran, und läßt dann erst die Lehre folgen, daß, wenn der Baumeigenthümer sich weigere, die Aeste zu bekappen, der

---

12) L. 1. §. 8. de arbor. caedend. L. 1. Cod. de interdictis (8. 1.).

13) „Ostenditur, **nec per arboris quidem occasionem** vicino nocere oportere" sagt L. 1. Cod. cit.

14) L. 2. de arbor. caedendis.

15) Sentent. recept. L. V. tit. 6. §. 13. Diese Stelle hat **Koch** a. a. O., der übrigens außer der obigen allgemeinen Regel aus der Natur des Eigenthums **gar keinen weiteren** Grund kennt, auf das wunderlichste mißverstanden, ungeachtet sie die einfachste von der Welt ist.

Beeinträchtigte die „luxuries ramorum“ selbst abhauen dürfe; man sieht also, daß Paulus diese letzte Bestimmung als eine Ausnahme und Besonderheit gegen die vorangestellte Regel betrachtete, und es zeigt sich darin wiederholt, welcher logische Donatschnitzer es seyn würde, wenn man von der Ausnahme auf die Regel zurückschließen und diese durch Beschränkung der Ausnahme gleichstellen wollte.

Ueberdies ist nicht unwahrscheinlich, daß die Worte des Edicts de arboribus caedendis, soweit sie sich auf Bäume beziehen, welche über ein Gebäude herhängen[16],

> si per te stat, quominus eam adimas, tunc quominus — adimere illi — liceat, v. f. v.

selbst schon anzeigten, daß dem Gebrauche der Selbsthülfe, und folglich des Interdicts von Seiten des Beeinträchtigten, Etwas vorhergehen müsse, nämlich der Gebrauch eines rechtlichen Mittels, also einer Klage, und zwar der negatoria actio, denn der Ausdruck per aliquem stat ist bekanntlich in den Quellen der gewöhnliche für die Bezeichnung der Mora [17], und diese kann in dem hier vorliegenden Falle mit Erfolg Rechtens, d. h. daß nun die Selbsthülfe stattfinden dürfe, nur dadurch eintreten, daß der Baumeigenthümer auf Wegnahme der Aeste gemahnt oder [18] verklagt worden ist; dann erst, tunc, soll von dem Selbstabhauen die Rede seyn. Sodann ist auch nicht unbeachtet zu lassen, daß gerade bei den über ein fremdes Gebäude hereinhängenden Bäumen unter den römischen Rechtsgelehrten selbst Zweifel oder gar Streit obwaltete [19], ob sie ganz abgehauen werden müß-

---

16) L. 1. pr. de arbor. caedendis.

17) S. z. B. L. 23. §. 1. de receptis (4. 8.). L. 21. §. 3. L. 51. pr. de action. emti (19. 1.) u. s. w.

18) Es ist keinesweges stets eine Klage nothwendig, Andreae l. c. p. 13., allein sie ist doch möglich, und dies genügt.

19) L. 1. §. 2. de arbor. caedendis

ten, d. h. aus der Wurzel, oder ob nur alle überhängenden Aeste (id solum, quod super excurrit) wegzuhauen seyen, welche letzte Ansicht jedoch Rutilius und Labeo siegreich verwarfen. Wir sehen also, daß doch Veranlassung dazu vorhanden war, an das Weghauen aller überragenden Aeste zu denken, und diese Veranlassung kann denn nicht wohl eine andere gewesen seyn, als daß manche Rechtsgelehrte eben glaubten, den Grundsatz, welcher von dem Ueberhang der Bäume auf ein fremdes leeres Grundstück galt, gleichfalls auf den Ueberhang über ein fremdes Gebäude anwenden zu müssen, nämlich daß der ganze Ueberhang, aber auch nicht mehr, als der allein schadende und das fremde Eigenthum verletzende Gegenstand, zu beseitigen sey. In der That wäre es auch ein enormer Sprung, wenn die 12 Tafeln (und das Edict) bei Gebäuden das Abhauen des ganzen Baumes, bei leeren Grundstücken aber, bei welchen der Ueberhang allerdings minder schädlich ist, nur das Abhauen der Aeste in den unteren 15 Fuß befohlen hätten, vielmehr zeigt die Anführung jener Meinungsverschiedenheit unter den Römern, und die Möglichkeit der von Labeo verworfenen Ansicht sehr klar, daß der Gegensatz des Ganzabhauens bei Gebäuden, das Abhauen aller überhängenden Aeste bei leeren Grundstücken war, welches letztere folglich durch die geeignete Klage rechtlich gefordert werden konnte, wenn schon die Selbsthülfe und damit das Interdict nicht zum Schutze dieses ganzen Rechts, sondern nur als Abwehr gegen den allerdringendsten Schaden (durch die niedrigsten Aeste) gestattet waren.

Endlich darf man ein hierfür wichtiges Fragment [20]) nicht übersehen. Dies schreibt zwar nicht hinsichtlich der

---

20) L. 6. §. 2. arborum furtim caesarum (47. 7.). Die florentinische Lesart ejus für ei jus ist ganz verwerflich, und beruht offenbar auf einer Gemination, welche aufzulösen ist.

Aeste, wohl aber hinsichtlich der Wurzeln eines auf dem Nachbargrundstücke stehenden Baumes folgendes vor:

> Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit; agere autem licebit, non esse ei jus sicuti tignum aut protectum, immissum habere —

und giebt also auf das deutlichste zu erkennen, daß alle die Gränze überschreitenden Wurzeln vermittelst der negatorischen Klage beseitigt werden können, zugleich aber, daß dies gar keine Singularität bei den Wurzeln ist, sondern daß derselbe Grundsatz bei jedem anderen „immissum" ebenso gilt. Hiervon werden als Beispiele der in eine fremde Wand eingeschobne Balken und das in die fremde Luftsäule hineinragende Vordach genannt, allein eben auch nur als Beispiele, und es ist doch wohl nicht zu bestreiten, daß die sämmtlichen in den fremden Luftraum überragenden Aeste des eigenen Baumes gleichfalls ein „immissum" sind, und daß zwischen ihnen und den Wurzeln, sowie dem ebenso in fremdes Luftgebiet hineinragenden und auf gleiche Weise schadenden Vordache, die nächste Analogie stattfindet, daher auch hierin ein neuer Beweis dafür gegeben ist, daß der Eigenthümer gar keine Aeste des Nachbarbaumes in der Luftsäule über seinem Grund und Boden zu dulden braucht, sondern die Beseitigung aller durch die negatorische Klage fordern darf.

II.

Ueber die Verpflichtung des Gastwirthes zur Aufnahme der Reisenden.

Ueber die Frage, ob der Gastwirth, der einmal mit oder ohne Ermächtigung der Obrigkeit (nach Vorschrift der etwaigen Landesgesetze) ein öffentliches Gasthaus errichtet und dies durch irgend ein äußeres Zeichen bekannt gemacht

hat, rechtlich verpflichtet sey, die sich zur Einkehr meldenden Reisenden und sonstigen Gäste aufzunehmen, so daß er von nun an allen solchen Personen unbedingt nach dem Edicte über die Verbindlichkeit der Passagierschiffer, Gastwirthe und Stallwirthe hafte, finden sich in den Pandecten zwei scheinbar oder wirklich einander widerstreitende Fragmente. In dem einen [1]) sagt **Ulpian**, dessen vierzehntes Buch seines großen Edictscommentars daselbst excerpirt ist:

> Maxima utilitas est hujus edicti, quia necesse est, plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Nec quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum, nam **est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant**; —

in dem anderen Fragmente dagegen [2]), welches aus dem achtunddreißigsten Buche desselben Werkes entlehnt ist, heißt es:

> Caupo praestat facta eorum, qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt; item eorum qui habitandi causa ibi sunt. Viatorum autem factum non praestat, namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes; inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum factum oportet eum praestare.

Daß nun die Frage, welche dieser scheinbar oder wirklich antinomischen Vorschriften den Vorzug verdiene, oftmals in der Praxis vorkommen muß, ist leicht einzusehen, und es ist deshalb zu tadeln, daß die Rechtsgelehrten der neuesten Zeit ganz gewöhnlich diesen Punct gar nicht berühren, wie er denn z. B. in vielen Compendien gänzlich übergangen wird. Dagegen haben ihm die älteren Schriftsteller sein

---

1) L. 1. §. 1. (in einigen Ausgaben ist es das princip.) nautae, caupones, stabularii (4. 9.).

2) L. un. §. 6. furti adversus nautas (47. 5.)

verdientes Gewicht beigelegt, und es finden unter ihnen sehr verschiedene Ansichten darüber statt; alle gehen dabei ausdrücklich oder stillschweigend von der Idee aus, daß an und für sich, d. h. ohne specielles gesetzliches Gebot, den Gastwirthen die Pflicht nicht auferlegt werden dürfe, jeden sich meldenden Gast selbst wider ihren Willen aufzunehmen — daß aber diese Grundansicht, welche ebenso sehr den Regeln über die Auslegung nachtheiliger Privilegien, als dem Grundsatze entspricht, daß man eine Beschränkung der natürlichen Freiheit, namentlich der dispositiven über das Eigenthum, sowie einen Zwang zur Abschließung eines Vertrages ohne ganz bestimmtes Gebot nicht annehmen dürfe, auch unseren vollen Beifall verdiene, ist neuerdings von Kämmerer [3]) so bestimmt nachgewiesen worden, daß diese Vorfrage hier als erledigt vorausgesetzt werden darf, und nun der Versuch gemacht werden soll, jene Antinomie von einem anderen Standpuncte aus zu beleuchten.

Schon die Glosse [4]) und nach ihr die meisten Rechtsgelehrten bis zur letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, besonders die Practiker [5]), glaubten den Widerspruch der bei-

---

3) Kämmerer observationes juris civilis 1827. cap. 2. p. 117 — 134. Höchstens in dem Falle, wo der Staat im öffentlichen Interesse die Errichtung eines Gasthofes veranlaßt und begünstigt hat, könnte man eine Ausnahme gegen obigen Grundsatz schon an sich vertheidigen.

4) Glossa ad l. 1. §. 1. cit. Kämmerer S. 125. Note 6. bestreitet dies mit Unrecht.

5) Bartolus ad l. 1. §. 1. cit. Mevii decision. P. III. dec. 53, not. 1. Wehner observat. practic. s. v. Wirth, p. 517. Voetius comm. ad Dig, L. IV. tit. 9. §. 4. Brunnemann Comm. ad Pand. ad leg. 1. §. 1. cit. No. 1. Lauterbach colleg. theor. pract. L. IV. t. 9. §. 7. Derselbe in den dissertatt. academ. No. 105. (Tom. III.) §. 13. Stryckii usus modern. pand. L. IV. t. 9. §. 2. Wernher (Mich. Godofr.) lectissim. commentatt. L. IV. t. 9. §. 2. Glück Er-

den mitgetheilten Fragmente durch Interpretation, und zwar durch eine Unterscheidung beseitigen zu können, indem sie das erste Fragment von der ersten Errichtung eines Gasthofes verstanden, zu welcher natürlich niemand gezwungen werden könnte, dagegen den Besitzer eines schon wirklich errichteten und dem Publicum bereits geöffneten Gasthofes nach dem zweiten Fragmente unbedingt verpflichteten, alle zur Aufnahme sich anmeldenden Gäste in der That aufzunehmen, und diesen Gästen sogar im Weigerungsfalle eine Klage gegen den Wirth auf Reception oder auf Schadensersatz gestatteten. Indessen ist es augenscheinlich, daß diese Art Widersprüche zu heben, durchaus nicht gebilligt werden kann, da sie sich auf das willführlichste Verfahren gründet, und aller Stütze aus den Quellen selbst entbehrt, welche eine solche Unterscheidung mit keiner Sylbe andeuten; im Gegentheile sind die Ausdrücke recipere und nec repellere an sich ganz gleichbedeutend, und daß das erste der obigen Fragmente nicht die Errichtung eines Gasthofes überhaupt, sondern die Aufnahme des einzelnen Gastes im Sinne habe, geht aus den Worten ne quem recipiant klar hervor.

Noch weniger kann übrigens eine zweite, zuerst von Faber [6]) aufgestellte Meinung gebilligt werden, nach welcher der Gastwirth ganz unbeschränkt das Recht haben sollte, alle die Aufnahme begehrenden Personen beliebig abzuweisen, wobei also auf das zweite Fragment keine Rücksicht genommen worden ist, welches doch direct dagegen zu sprechen scheint.

---

läut. der Pand. Bd. VI. S. 112. Note 22. Noch einige andere Citate s. bei Kämmerer l. c. S. 119, 120.

6) Faber rationalia ad pand. L. IV. tit. 9. ad L. 1. §. 1. cit. Ihm folgen Malblanc principia jur. roman. §. 336. und Wening-Ingenheim System des Civilrechts, Buch III. §. 340. Faber sagt übrigens am Ende seiner Exegese, auffallend genug, wieder, daß der Wirth die Reisenden nicht zurückweisen dürfe, ohne aber diesen eignen Widerspruch aufzuklären.

Auf seine gewohnte Art hat sich ferner Noodt [7] nach dem Vorgange von Duaren [8] zu helfen gesucht, welcher letztere sich selbst aber nicht klar geworden zu seyn scheint; beide legen nämlich darauf Gewicht, daß die florentinische Handschrift in dem ersten Fragmente allein ne quem recipiant lieset, während andre Manuscripte ne quemquam haben, und Haloander statt der letzteren Lesart ne quaequam abdrucken ließ, woraus denn Noodt ohne weiteres ne quae macht, und so zu der allerliebsten Distinction kömmt, daß die Gastwirthe zwar nach dem letzten Fragmente die Reisenden für ihre Person aufnehmen müßten, nicht aber deren Sachen, hinsichtlich welcher sie das edictsmäßige Receptionsverhältniß etwa durch eine Protestation abwenden könnten. Einer Widerlegung dieser Erklärung bedarf es natürlich nicht, allein die Bemerkung mag wohl erlaubt seyn, daß die gemeine und die florentinische Lection im Sinne ganz übereinkommen, und die letzte vielleicht aus dem Weglassen einer Sigle für quam entstanden seyn mag, daß aber die Haloandrinische Lesart offenbar nur auf einem Irrthum beruht, und aus ne quemquam entstanden ist, weil sie an sich gar keinen Sinn giebt, ja sogar vielleicht nur einen Druckfehler enthält, da Haloander seine gewöhnliche Note der Verdächtigkeit nicht beigefügt und auf dem Rande seiner Ausgabe keine Variante dazu angegeben hat.

Erst in neuester Zeit hat wieder Kämmerer [9] unsere Frage einer Untersuchung unterworfen, allein die Art, wie er sie beantwortet, hat bei seinen nachher anzuführenden

7) Noodt Comment. ad Dig. L. IV. tit. 9. init. opp. T. II. p. 116. Er folgt Haloander beinahe ganz, s. dessen Ausgabe.

8) Duarenus in tit. Dig. nautae etc. in opp. T. I. p. 170.

9) a. a. O. S. 128 ff. Ihm tritt bei Mackeldey Lehrbuch §. 431. Note 6. Uebrigens dürfte es doch eine sehr gewagte Behauptung von Kämmerer seyn, daß eigentlich nur das oben zuerst abgedruckte Fragment maaßgebend sey.

Recensenten keinen Beifall gefunden, und zwar, wie es dem Verf. scheint, mit vollem Grunde. Kämmerer will nämlich nach Auctorität der übrigens nach seinem eigenen Geständnisse ganz unbestimmt sich ausdrückenden Basiliken, das Wort repellere in der zweiten Stelle für gleichbedeutend mit receptum expellere erklären, und somit dem Wirthe zwar stets freistellen, ob er einen Gast aufnehmen will, dagegen ihm verbieten, den einmal aufgenommenen Gast beliebig wieder zu vertreiben — indessen ist gegen diese Auslegung sehr richtig bemerkt worden, daß sie weder in dem Sinne des Wortes repellere liege, noch sich auch mit dem Gesammtsinne der zweiten Stelle vertrage, welche eine Zeile weiter das Wort rejicere ganz gleichbedeutend mit repellere gebraucht, während rejicere unmöglich statt receptum rursus ejicere gesetzt werden könnte, vielmehr offenbar beide Stellen von der ersten Aufnahme des sich eben erst dazu meldenden Gastes sprechen.

Dies hat denn Huschke [10] veranlaßt, das zweite Fragment so zu erklären, daß der Ausdruck non potest nicht auf ein juristisches Verbot bezogen würde, sondern nur die nothwendige factische Folge der geschehenen Errichtung des Gasthofes anzeigen sollte, weil, wie Huschke sagt, „der Wirth sie (die Reisenden) nicht zurückweisen kann, wenn er nicht aufhören will, für einen Gastwirth zu gelten"; hierin scheint ihm denn auch v. Schröter [11] beizustimmen [12].

---

10) In der Tübinger kritischen Zeitschrift, Bd. III. S. 22—25 (Recension des angef. Werkes von Kämmerer). Uebrigens hat schon Huber praelect. ad pand. h. t. etwas Aehnliches behauptet.

11) In Schunck Jahrbücher d. jurist. Literatur Bd. XI. S. 3, 4. (Recens. von Kämmerers angef. Werke.)

12) Wenigstens lassen sich v. Schröters Worte: „Er (Ulpian) spricht in fr. unic. nur von dem factischen, nicht von dem rechtlichen Verhältnisse des Wirths zu den Reisenden" — nicht füglich anders verstehen, ungeachtet sie etwas undeutlich sind.

Allein es läßt sich auch diese Erklärung nicht billigen, indem potest, wie schon die Glosse bemerkt hat, hier im Munde des Commentators, doch nur soviel als debet bedeuten kann, folglich eine juristische Nothwendigkeit anzeigt, und überdies die factische Grundlage dieser Ansicht wohl nicht richtig seyn möchte, indem man doch gewiß nicht behaupten kann, daß ein Gastwirth, der ein Schild ausgehängt hat, aufhöre Gastwirth zu seyn, weil er einen ihm nicht anständigen Reisenden ohne weiteren Grund, als weil ihm derselbe nicht gefiel, abgewiesen hat; es geschieht dies vielmehr in der That sehr häufig, ohne daß es deshalb den Collegen eines solchen Gastwirths einfällt, den Verlust oder das freiwillige Aufgeben der Wirthschaft daraus abzuleiten, und Huschke's sehr richtige Behauptung, daß das Aushängen eines Schildes nichts als eine Einladung an die Reisenden sey, Receptionsverträge mit dem Gastwirthe zu schließen, den Letzteren aber durchaus noch nicht binde, spricht hier gegen seine eigne Erklärung, weil der Gastwirth sich dadurch doch nicht unwiderruflich und für so lange, als er irgend ein Gastwirth bleiben will, verpflichtet hat, jeden Reisenden ohne Unterschied aufzunehmen. Endlich aber würde Huschke's Erklärung unsere Antinomie gar nicht beseitigen, indem immer noch Ulpian in dem ersten Fragmente dasjenige für juristisch erlaubt erklärt haben würde, welches er in dem zweiten für factisch unmöglich ausgäbe, was natürlich nicht angeht und diese Erklärung unbedingt als unrichtig stempelt.

Es ist aber wohl möglich auf eine andre Art, und zwar nach dem Vorgange der Quellen selbst, die vorliegende Antinomie als eine nur scheinbare darzustellen und zu beseitigen. Ulpian zeigt nämlich in dem zweiten der abgedruckten Fragmente an, daß er zwei Arten von Personen unterscheiden will, mit welchen der Wirth in ein Receptionsverhältniß treten kann, die viatores nämlich, oder, wie er sie offenbar gleichbedeutend nennt, iter agentes, und die inhabi-

tatores. Die ersteren kann und darf er nicht abweisen, darum ist er wegen der von ihnen an den recipirten Sachen eines anderen Reisenden verübten Diebstähle nicht insoweit verantwortlich, daß die dupli actio (oder wie sie in den Quellen heißt, in factum actio [13])) gegen ihn angestellt werden dürfte; die letzteren dagegen hat er sich dadurch, daß er sie nicht abwies, gleichsam ausgewählt, also sich freiwillig in ein besonders nahes Rechtsverhältniß zu ihnen begeben, und muß darum auch für ihre criminell strafbaren Handlungen, durch welche sie den recipirten Effecten schadeten, mit dem duplum einstehen. Es ist also von selbst klar, daß Ulpian, wie dies so häufig geschieht, durch diese Unterscheidung den unbestimmt allgemeinen Ausdruck des ersten Fragments berichtigen und beschränken wollte, wo er allzu umfassend gesagt hatte, daß der Wirth ganz beliebig die Gäste aufnehmen oder abweisen dürfe, mit anderen Worten: er stellt dawider in dem zweiten Fragmente aus dem späteren Buche seines Commentars eine Ausnahme hinsichtlich der viatores oder iter agentes fest. Was ist nun aber der Sinn seiner Ausnahme? was versteht er unter viatores oder iter agentes einerseits, und unter inhabitatores perpetui andererseits? Darf man unter den letzteren, wegen des Beisatzwortes perpetui, nur solche Personen verstehen, welche beständig das Gasthaus bewohnen, wie die Frau, Kinder, Miethleute, Hausleute u. s. w. [14])? Gewiß nicht, denn im Eingange des zuletzt abgedruckten Fragmentes benennt Ulpian als zwei an sich ganz verschiedene und nur hinsichtlich der Haftungspflicht des Wirthes gleichgestellte Classen von Personen diejenigen, qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causae sunt, und diejenigen qui habitandi causa ibi sunt, er unterscheidet also die Gehülfen des Wirthes, wohin man seine eigene Familie unstreitig gleichfalls rechnen muß,

---

13) L. 6. §. 1. §. 3 L. 7. §. 1. nautae, caupones etc.

14) Wie Huschke a. a O. glaubt.

gänzlich von denjenigen Personen, welche sich nur im Gasthofe aufhalten, und zwar habitandi causa, ohne dem Wirthe bei seinem Geschäfte an die Hand zu gehen. Diese letzteren sind nun die nämlichen Leute, welche einige Zeilen weiter inhabitatores perpetui genannt werden, und man darf folglich dabei weder an die Frau und Kinder, noch an die Knechte und Mägde oder sonstige Hausleute des Wirthes denken; Miethsleute aber kommen in Gasthöfen, in welchen der Wirth den vorhandenen Raum zur Betreibung seines eigentlichen Geschäftes braucht, doch wohl zu selten vor, als daß sie einer solchen ausdrücklichen Erwähnung verdient hätten, und zudem besitzen die Rechtsquellen für den Miethsmann eines Hauses den von Ulpian selbst oft [15] angewendeten Kunstausdruck inquilinus, so daß es auffallend seyn würde, statt seiner hier den gar nicht bezeichnenden Ausdruck inhabitatores gebraucht zu sehen [16]. Noch weniger aber darf man sich durch das Epithet perpetui irre machen lassen, im Gegentheile führt uns diese Benennung, wenn wir dabei die allein Licht gebende Stelle [17] unserer Rechtsquellen, und zwar aus dem hierher gehörigen Haupttitel benutzen, auf die wahre Erklärung jener inhabitatores perpetui; diese lautet folgendermaßen:

> In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt; hoc autem non pertinet ad eum, qui repentino hospitio recipitur, veluti viator.

Aus diesem Fragmente von Paulus sehen wir, daß man zweierlei Einkehren in dem Gasthause unterschied, das re-

---

15) S. L. 6. §. 2. de precario (43. 26.) aus dem 71ten Buche des Ulpianischen Edictscommentars, L. 1. §. 1. de migrando (43. 32.) aus dessen 73tem Buche, und L. 3. §. 3. de oper. novi nunc. (39. 1.) aus dessen 52tem Buche entlehnt.

16) S. auch darüber L. 9. in quib. caus. pignus (20. 2.).

17) L. 6 §. 3. nautae caupones etc.

pentinum hospitium, und ein anderes, welches zu längerem Zwecke geschah, und habitandi causa genannt wird, denn auch hierbei muß an ein hospitium gedacht werden, weil, wenn es nur ein repentinum hospitium gegeben hätte, Paulus nicht den Fehler begangen haben würde, das alsdann überflüssige und nichts bezeichnende Beiwort repentinum beizusetzen; in der That würde auch keine unrichtigere Bezeichnung der Knechte und Mägde des Gastwirths und anderer solcher Leute denkbar seyn, als daß sie habitandi causa sich im Gasthofe aufhielten, da sie doch vielmehr ejus cauponae exercendae causa sich darin befinden. Nun ist aber der Ausdruck repentinus bei den Römern ein juristisches Kunstwort gewesen, und hat zur Bezeichnung eines solchen rechtlichen Verhältnisses gedient, welches seiner Natur nach nur von ganz kurzer Dauer und von vorübergehendem Nutzen seyn sollte, während sich als Gegensatz bisweilen der Ausdruck perpetuus findet, der bekanntlich nicht allein das auf ewige Dauer Berechnete bezeichnet, sondern auch alles Dasjenige, welches nur für eine etwas längere Zeit bestehen soll [18], sowie gerade in dem zweiten der hier betrachteten Fragmente von perpetui inhabitatores gesprochen wird. Mithin unterscheidet Paulus diejenigen Gäste, welche nur zu einem ganz kurzen Aufenthalte im Gasthause einkehren, ohne daselbst wohnen zu wollen, und nennt als Beispiel davon Reisende, welche häufig nur zur Befriedigung ihres Hungers und Durstes in dem Gasthause eintreten und nach Stillung desselben sogleich wieder abreisen, von solchen Gästen, welche zum Zwecke des Wohnens,

---

18) So findet sich edictum repentinum bei Cicero in Verr. act. III. c. 14. vor, s. auch Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. S. 119, und ebenso licitationis necessitas repentina im Gegensatze der althergebrachten, in L. 1. Cod. de pascuis publ. et privatis (11. 60.) Beispiele dagegen von perpetuum im angef. Sinne sind zu häufig, um hier Raum damit wegzunehmen, s. z. B. Brissonius de verb. signif. s. v. perpetuus.

mithin des längeren Aufenthaltes in den Gasthof eingekehrt sind, oder Ulpians perpetui inhabitatores. Offenbar ist nun diese Unterscheidung, und zwar ausschließlich, zur Auflösung unserer Antinomie zu benutzen, denn Paulus stellt sie gerade zu demselben Zwecke auf, welchen auch Ulpian in dem letzten der obigen Fragmente im Auge hatte, nämlich anzugeben, für welcher Personen verbrecherisch schadende Handlungen der Wirth mit der dupli actio haften müsse, und wir finden also bei Paulus die Erklärung der Worte Ulpians gegeben. Die viatores oder iter agentes des letztgenannten Rechtsgelehrten sind demnach die Gäste, welche Paulus als repentino hospitio recepti bezeichnet und gerade als Beispiel auch den viator nennt, die perpetui inhabitatores aber sind die von Paulus als habitandi causa aufgenommen angeführten Gäste, und das Resultat ist daher, daß Ulpian den Wirth gar nicht verpflichten wollte, jedem Gaste, der um Aufnahme bittet, einen längeren Aufenthalt und namentlich die Wohnung in seinem Gasthause zu gewähren, sondern er hat ihn nur für rechtlich verpflichtet erklären wollen, Reisende und andere in ähnlicher Lage befindliche Personen, die nur kurze Zeit zur Befriedigung irgend eines Bedürfnisses in seinem Hause verweilen wollen, aufzunehmen — die Ersteren, welche sich gleich mit dem ausgesprochenen Zwecke eines längeren Aufenthaltes und namentlich des Wohnens zur Aufnahme melden, kann er beliebig zurückweisen, die Letzteren hingegen nicht, und hierdurch wurde denn gegen den allzu umfassenden Ausdruck des ersten Fragments in der zweiten mitgetheilten Stelle eine Ausnahme festgesetzt. In der That kann man sich auch wohl denken, was Ulpian zu dieser Unterscheidung bewogen haben mag, nämlich die Betrachtung, wie hart und unmenschlich es gegen den ermüdeten oder ausgehungerten Reisenden seyn würde, wenn der Gastwirth ihn ohne weiteres abweisen könnte, von welchem er nur die Mittel zur Wiedererlangung seiner Kräfte durch einen kurzen Aufenthalt fordert, allein

andererseits ist auch nicht zu läugnen, daß es wieder gegen den Wirth allzu unbillig seyn würde, wenn man ihn zwingen wollte, allem möglichen Gesindel längeren Aufenthalt, namentlich Wohnung und Nachtquartier zu gestatten. Man muß also die Gastwirthe von der zuletzt genannten Anforderung freisprechen, und sogar consequent behaupten, daß wenn ein Gast, welcher nur zu einem ausgesprochenen vorübergehenden Zwecke (repentino hospitio) eingekehrt ist, nachher erklärt, daß er auch daselbst zu bleiben und zu wohnen (habitandi causa esse) wünsche, der Wirth ihm dieses letztere Ansinnen ganz beliebig und ohne allen weiteren Grund als seine Willkühr abschlagen kann, während er die erstere Art von Einkehr nur dann versagen darf, wenn es ihm physisch oder moralisch unmöglich ist, sie zu gewähren, was hier weiter auszuführen unnütz seyn würde.

III.

Ueber L. 8. Cod. de omni agro deserto.

Fast alle Lehrbücher des römischen Rechtes aus älterer und neuerer Zeit führen unter den verschiedenen Arten des Eigenthumserwerbes an, daß derjenige, welcher ein von seinem Eigenthümer verlassenes Grundstück anbaut, dadurch Eigenthümer desselben werde, falls nicht der alte Eigenthümer vor Ablauf von zwei Jahren von dem Zeitpunct der ersten Bebauung durch den jetzigen Besitzer, das Grundstück ihm wieder abforderе und ihm sämmtliche darauf verwendete Kosten ersetze; man betrachtet diese Art des Eigenthumserwerbes als eine ganz eigenthümliche, welche auf keine der bekannten Arten reducirt, oder nach deren Grundsätzen beurtheilt werden dürfe. Dieser Meinung sind nun auch sonst ziemlich viele Rechtsgelehrte [1]) zugethan, und diejeni-

1) Mevii decision. P. IV. dec. 162. Stryck de agris de-

gen unter ihnen, welche die Sache etwas gründlicher untersucht haben, sagen in jedem Falle ganz richtig, daß man ein derartiges von seinem Eigenthümer verlassenes und im Anbau vernachlässigtes Grundstück — ager desertus — ja nicht mit einem solchen anderen Grundstücke verwechseln dürfe, welches der frühere Eigenthümer in der Absicht verlassen hat, kein Eigenthum mehr daran haben zu wollen [2]) — ager derelictus —, indem aus dem deserere oder fortdauernden Unterlassen des Anbaues und der Benutzung noch nicht der animus derelinquendi folgt, d. h. sehr wohl möglich ist, daß der den Anbau vernachlässigende Eigenthümer keinesweges das Eigenthum aufgeben wollte; ohnehin würde bei der desertio eines Ackers das Eigenthum erst durch den zweijährigen Anbau des Anderen verlohren seyn, während die Dereliction bekanntlich mit der Wirkung des Eigenthumsverlustes auf der Stelle vorhanden ist, sobald der Wille gefaßt ist, das Eigenthum ferner nicht mehr haben und sich um die Sache nicht weiter bekümmern zu wollen.

Allein die Lehre von dem Erwerbe des ager desertus durch Bebauung desselben ist von bedeutenden Rechtsgelehrten [3]) gänzlich geläugnet worden, indem man die Behaup-

---

sertis, in opp. T. IV. No. 2. p. 25 ff. Leyser meditat. ad Pand. spec. 443. med. 2. et 3. Brunnemann ad Codic. L. XI. t. 58. leg. 8. Cramer observat. juris T. III. obs. 870. Hellfeld jurisprud. for. §. 1734. Strubens rechtliche Bedenken Th. II. Bed. 73. Thibaut Pandectenrecht §. 601.

2) Cuiac. paratitl. in Cod. L. XI. tit. 58. Mevius l. c. Stryck l. c. Cap. I. §. 61. Thibaut a. a. O. Selbst von den Gegnern haben die gleich anzuführenden Perez und Ballhorn diese Unterscheidung gebilligt.

3) Perez praelect. in Cod. L. XI. t. 58. §. 1. 8. 17. (ist übrigens nicht recht deutlich). Ballhorn observatt. ad. L. 8. Cod. de omni agro deserto, Gött. 1803, besonders S. 5 ff. S 27 ff. Schröter in Linde Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. II. S. 238, 239; Wening System, Buch II. §. 38., welcher letztere gegen sich selbst freilich sehr inconsequent wird, s Buch II. §. 17.

tung aufstellte, daß die Constitution der Kaiser Valentinian II., Theodosius und Arcadius [4]), in welcher die Gegner den obigen Grundsatz ausgesprochen zu finden glauben, gar nicht von dem Eigenthum und dessen Erwerb oder Verlust, sondern von kaiserlichen Colonat- oder Erbpachtgütern (fundi patrimoniales, rei privatae, emphyteuticarii, auch wohl perpetuarii genannt, ungeachtet diese Namen mitunter auch Verschiedenes bedeuten) spreche, folglich heut zu Tage nicht mehr anwendbar sey, weil das ganze juristische Verhältniß dieser kaiserlichen Meyergüter bei uns nicht vorkomme, welche letzte Behauptung denn gewiß zugegeben werden muß, sowie es auch richtig ist, daß die Ausdehnung eines, bei solchen Emphyteusen geltenden Grundsatzes auf das freie Grundeigenthum, ganz unmöglich geschehen dürfte. Es muß nun dieser Streit in Deutschland, wo nicht specielle Landrechte [5]) eine Aenderung getroffen haben, sogar noch von unmittelbarem practischem Interesse seyn, und der Versuch ihn zu beendigen, erscheint daher gerechtfertigt [6]); — bei genauer Untersuchung wird sich aber ergeben, daß die erste Meinung den Vorzug verdient, nach welcher die fragliche Constitution von dem freien Grundeigenthume überhaupt zu verstehen, und folglich jetzt noch anwendbar ist.

Die Constitution selbst, um welche es sich handelt, lautet folgendermaßen:

Qui agros domino cessante desertos, vel longe positos vel in finitimis, ad privatum pariter publicum-

---

4) L. 8. Cod. de omni agro deserto (11. 58.). Das Jahr der Constitution ist, wegen der mangelnden Subscription, nicht genau zu bestimmen, doch muß es etwa 385 n. Chr. seyn.

5) Wie z. B. in Sachsen, v. Rohr Haushaltungsrecht, Fortsetzung (Bd. II.), Buch III. Kap. 34.

6) Die mitunter aufgestellte Behauptung, daß die L. 8. Cod. cit. als naturrechtswidrig oder unpolitisch nicht angewendet werden dürfe, wird hier übergangen, da sie keiner Widerlegung werth ist.

que compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum jus voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit, facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emensum, omnis possessionis et dominii carebit jure, qui siluit.

Die Vertheidiger der letztgenannten Ansicht, welche das Gesetz nur von den kaiserlichen Emphyteusen auslegen, helfen sich, um dieses Resultat zu erreichen, dadurch, daß sie die Ausdrücke dominus, locus proprius und dominii jus von dem Rechtsverhältnisse des Emphyteuta verstehen, und behaupten, daß auch der Emphyteuta in den Rechtsquellen den Namen dominus trage, welches letztere zu beweisen, sie sich auf mehrere Constitutionen [7] berufen. Allein Thibaut [8] hat schon längst den groben Irrthum dargethan, welcher in dieser Behauptung liegt, und von den neuerdings wieder zu seiner Bewahrheitung angeführten Quellenfragmenten läßt sich dasselbe gleichfalls leicht nachweisen [9]; indessen ist dies für unsere Untersuchung sogar

---

7) L. 4. 12. C. de fundis patrimonialibus (11. 61.). L. 1. Cod. Theod. communi dividundo (1. 25.). L. 18. Cod. Theod. de fundis patrimonialibus (5. 13.) von Peyron aufgefunden; L. 5. pr. Cod. Theod. de censitoribus (13. 11.)

8) Civilist. Abhandl. S. 271 ff. Es wird nämlich in L. 4. 12. C. cit. und L. 1. Cod. Theod. cit. der Emphyteuta, der späterhin das Eigenthum erworben hatte, noch immer der kurzen Bezeichnung wegen Emphyteuta genannt, obgleich er es juristisch nicht mehr ist.

9) Es sind dies L. 18. Cod. Theod. und L. 5. pr. Cod. Theod. citt., auf welche sich v. Schröter a. a. O. beruft. Erstere Constitution spricht aber lediglich von „dominium emphyteutici juris", also mit klaren Worten von dem festen Recht der Emphyteusis, im Gegensatz des bloßen Quasibesitzes daran,

gleichgültig. Es müssen nämlich diejenigen, welche dem emphyteutischen Rechte auch die Benennung dominium zuschreiben, doch jedenfalls zugeben, daß das Wort dominium nur sehr selten und ungewöhnlicher Weise in dieser Bedeutung, unzählige Male dagegen in der Bedeutung von Eigenthum gebraucht werde, und der natürliche hermeneutische Schluß daraus ist, daß man auch in jedem einzelnen Falle den Ausdruck dominium in dieser seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen müsse, solange, als nicht auf das strengste und unzweifelhafteste dargethan ist, daß hier irgend eine sehr seltene und ungewöhnliche Bedeutung vorhanden sey. Das aber in unserer Constitution anzunehmen, läßt sich nicht der entfernteste Grund auffinden, und die Gegner haben auch nichts, als eben ihre Behauptung aufzubringen vermocht [10]. Die Kaiser hatten nämlich Fälle im Sinne, wie sie sich in jedem Lande und zu jeder Zeit ereignen, daß aus verschiedenen Gründen, z. B. Emigration wegen Krieg oder bürgerlicher Unruhen, Mißwachs, zu hohen Grundsteuern, allzu großer Entlegenheit des Feldes (longe positos) u. s. w. die Grundstücke von ihren Besitzern verlassen [11])

---

ohne daß an den Gebrauch von dominium für jus emphyteuticum zu denken wäre. Die zweite Constitution ist ebenso zu verstehen, da sie ausdrücklich die possessores juris emphyteutici den dominis entgegenstellt; überdies ist sie ganz abgerissen, s aber L. 1. §. 1. si ager vectigalis (1. 3.).

10) Namentlich dreht sich Ballhorn a. a. O. gänzlich im Kreise herum, ohne den mindesten eigentlichen Beweis zu geben, s. besonders S. 27—31. Auf seine weitere Behauptung S. 32 ff. daß unsere Constitution nichts als ein Theil einer Instruction an einen peraequator sey, ist sich hier nicht einzulassen, da sie mehr als hypothetisch ist.

11) Das, und nichts weiter will der Ausdruck „domino cessante" sagen, bei welchem an Nichtbezahlung des Canons nicht zu denken ist; ähnlich wird cessare gebraucht in L. 60. §. 3. de ritu nuptiar. (23. 2.) und bei dem Note 14. cit. Suetonius.

werden, und nun zum empfindlichen Schaden der Einzelnen wie des Staates unbebaut liegen bleiben. Diesem Uebelstande vorzubeugen, verordneten sie, daß wenn jemand zu seinem Privatnutzen und zum Vortheil des Staates (privatum pariter publicumque compendium), welcher letztere alsdann die öffentlichen Grundabgaben wieder zu beziehen im Stande ist, ein solches verlassenes Grundstück anbaut, er nach Verfluß zweier Jahre das Eigenthum erworben haben soll, falls sich nicht vor deren Ablauf der alte Eigenthümer bei ihm meldet und ihm alle Culturkosten ersetzt. Wo ist nun hier eine Spur davon zu entdecken, daß diese weise, staatskluge und für die Landescultur so förderliche Maaßregel sich nur auf die kaiserlichen Emphyteusen bezogen habe? Widerstreiten nicht jene betrachteten Ausdrücke, besonders die Benennung jus dominii auf das klarste? Ist nicht schon die Titelüberschrift de omni agro deserto dagegen, wodurch alle Arten von Ländereien (also freilich der Analogie nach auch wohl die Emphyteusen) so deutlich bezeichnet werden? Und was berechtigt uns endlich hier ohne allen Grund einschränkend zu interpretiren?

Es ist zwar richtig, daß in dem fraglichen Titel des Codex sich mehrere Constitutionen auf die kaiserlichen Emphyteusengüter beziehen, ja sogar, daß dies bei der Mehrzahl der Fall ist, allein dies befugt doch wahrhaftig zu keinem Schlusse auf jede einzelne Constitution desselben, und es muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß die erste, eilfte und dreizehnte Constitution ebenso klar von den dominis sprechen, wie die unsrige, während einige andere, namentlich die dritte, zehnte, zwölfte, fünfzehnte und siebzehnte sich ganz unbestimmt allgemein ausdrücken, mithin von allen denkbaren Grundrechten, vom Eigenthume sogut, wie von dem emphyteutischen Rechte verstanden werden müssen. Daß aber unter dem „publicum compendium“ nicht etwa lediglich an den emphyteutischen Canon zu denken ist, geht einfach hervor, wenn man überlegt, daß die Römer

genug andere allgemeine Grundabgaben, census genannt, hatten, welche auch der Eigenthümer (wenn er nicht verpachtet hatte, sonst nämlich der Pachter) bezahlen mußte [12], und welche die peraequatores in die Steuerrolle aufzunehmen und nach Billigkeit zu reguliren hatten [13]; auch dürften die Römer im Fache der Nationalöconomie wohl schon so weit vorgeschritten gewesen seyn, daß sie den großen Nachtheil einsahen, welcher aus der vernachlässigten oder ganz unterlassenen Landescultur dem öffentlichen Interesse erwachsen mußte. Gerade dieser letzte Punkt, nämlich die politische Ansicht der Römer über verlassene Grundstücke, und damit der Geist des römischen Rechtes und der römischen Staatsverwaltung, welcher durchaus darauf gerichtet war, den Wiederanbau schon angebauter Grundstücke überall zu befördern, und zu verhindern, daß nicht in den Städten oder in den bebauten Fluren sich wüste Plätze befänden, läßt sich aus mehrfachen Zeugnissen der Römer selbst unzweifelhaft darthun. So berichtet Suetonius [14] und mit ihm ganz gleichlautend Aurelius Victor [15], daß der Kaiser Vespasianus bei seinem Regierungsantritte Rom durch alte Brandstätten und eingestürzte Häuser entstellt gefunden, und darum, wenn die Eigenthümer sich derselben nicht annähmen (si possessores cessarent), jedem die Occupation dieser Plätze gestattet habe, der darauf bauen wollte, wo der von

---

12) tit. Cod. de censibus (11. 57.) u. s. w.

13) Recht gut ist über die Peräquatoren Ballhorn l. c. cap. 4., nur schließt er daraus, daß ihrer nicht in den Eigenthumstiteln des Codex gedacht werde, ganz unrichtig, daß sie nur mit den Emphyteusen zu thun gehabt hätten; L. 11. C. h. t. und L. 3. C. de censibus u s. w, beweisen, daß sie sich mit allen Steuern hinsichtlich aller Arten der Grundstücke zu beschäftigen hatten.

14) vita Vespasiani cap. 8. i. f.

15) Aurelius Victor de vita et moribus imperatorum roman. 1564. §. 18 s. a. Vespasianus.

Suetonius gebrauchte Ausdruck occupare sehr deutlich zeigt, daß das Eigenthum dieser Plätze dadurch erworben werden sollte. Diocletianus [16] rescribirt aber mit ausdrücklicher Beziehung auf ein schon gültiges Gesetz einem gewissen Urbanus, daß er sich über den Verkauf des Platzes, auf welchem ein eingestürztes und von ihm nicht wieder aufgebautes Haus gestanden hatte, der von Seiten der Municipalbehörde geschehen war, nicht beschweren könne, sondern daß jenes Gesetz aufrecht erhalten werden müsse, was denn vielleicht das erwähnte Vespasianische, oder in jedem Falle ein ganz ähnlich lautendes gewesen ist. Ebenso erzählt uns Herodianus [17], daß der Kaiser Pertinax allgemein gesetzlich erlaubt habe, jeden früherhin bebauten und jetzt unbebaut gelassenen (ἀγεωργητον) Acker, sowie solche Ländereien, welche bisher noch überhaupt gar nicht bebaut worden waren (παντάπασιν ὀυσαν ἀργον [18]), zu occupiren (καταλαμβανειν), mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Bebauende dadurch Eigenthümer des Landes (δεσποτης) werde, und dies von allen Ländereien gelten solle, ohne Unterschied, wem sie zugehörten, sogar wenn sie bisher Eigenthum des Kaisers gewesen seyen. Man sieht also deutlich, daß Pertinax schon ganz dieselbe Verordnung erlassen hat, welche sich für uns auf practisch gültige Weise in der hier betrachteten Constitution findet, und es scheint nur keine Zeit bestimmt gewesen zu seyn, wenn

16) L. 4. C. de jure reipublicae (11. 29.). Wie sehr man für das Wiederaufbauen zerstörter Häuser Sorge trug, beweis't auch das sogenannte Restitutionspfandrecht, sowie L. 7. de officio praesidis (1. 18.). L. 46. pr. de damno infecto (39. 2.). L. 2. 8. Cod. de aedificiis privatis (8. 10.).

17) Herodiani histor. lib. II. cap. 4. § 13. edit. Irmisch 1790. T. II. p. 114. 115.

18) Daß hier ἀργον für ἀεργον steht, und γην zu ergänzen ist, verdient kaum bemerkt zu werden.

nicht etwa Herodianus diesen ihm wohl sehr unbedeutend erscheinenden Theil der Verordnung mit Stillschweigen übergangen hat — der Schluß daraus auf den Sinn unserer Constitution ist von selbst klar und bedarf keiner Auseinandersetzung. Auch muß hier eine, obgleich nicht unbedingt deutliche, und denkbarer Weise auch auf die eigentliche Occupation hindeutende Angabe der Rechtsquellen erwähnt werden, nach der es erlaubt ist, sich in den Besitz eines fremden Grundstückes zu setzen, welches durch Nachlässigkeit seines Eigenthümers verlassen ist [19]).

Endlich aber läßt sich noch ein durchaus unverdächtiges Zeugniß für die hier vertheidigte Ansicht über den Inhalt unserer Constitution aufstellen, welches mittheilen zu können der Verf. sich wahrhaft freut. Der griechisch-römische Rechtsgelehrte und Professor (ἀντικηνσωρ) zu Constantinopel, Eustathius, berichtet in seinem nur zu wenig bekannten Buche über die Berechnung der Zeitfristen im Civilrechte [20])
folgendes:

> Ὁ ἐρημον ἀγρον ἐπιβας, ἐντος β' ἐτων μονον δυναται ἐναγεσθαι παρα του δεσποτου ἀυτου και ἀναδιδους ἀυτον, λαμβανετω ἁ ἐις ἀυτον ἐδαπανησε

wobei die Uffenbachische Handschrift, nach welcher Schard

19) L. 37. §. 1. de usucapionibus (41. 3.) §. 7. J. de usucapionibus (2. 6.),

20) Eustathius de varia temporum in jure civili observatione, cap. 25. de biennio §. 16. Rostochii 1671. (edit. Simon. Schard). Schard übersetzt die Stelle ziemlich frei nach unseren Constit. so: Si vacanti ac destituto solo novus cultor incederit, intra biennium a vetere domino revocari potest; qui si agrum restituerit, recipiat quae in eum expensa constiterit. Die Ausgaben von Cujacius Opp. T. I. p. 549—634. und Leunclavius Jus Graeco-Romanum T. II p. 207—248. sind hier ganz gleichlautend, nur zählen beide die Kapitel anders, weshalb der Beisatz de biennio nöthig erschien, der kenntlich macht.

seine Ausgabe bearbeitete, nur noch das Citat unserer Constitution (l. qui agros. C. de omni ag. dec. lib. 11.) zum Belege beifügt, die anderen Handschriften aber auch das Citat von Basilic. lib. 56. tit. 14. cap. 7. 8. haben, welche letzte Stelle in den bekannten Handschriften und Ausgaben der Basiliken fehlt. Es beweist nun das Citat der Constitution, sowie der Text selbst, völlig klar, daß Eustathius und seine Zeitgenossen die hier betrachtete Verordnung in dem Sinne verstanden, welcher so eben vertheidigt worden ist, denn obgleich Eustathius, welcher fast nur eine Fristentabelle ausarbeitete, den Gegenfall nicht erwähnt, wenn nämlich der alte Eigenthümer, welcher durch den technischen Ausdruck δεσποτης bezeichnet wird, nicht innerhalb der Zeit von zwei Jahren sich meldet, so folgt doch von selbst aus den Worten, daß er eben dann die Sache nicht mehr zurückerhalten kann, sondern das Eigenthum zum Nachtheile des Bearbeitenden verlohren, der Letztere aber es erworben hat; an Emphyteusen ist nicht zu denken, und keine Spur davon vorhanden. Nun ist man neuerdings über die Zeit, in welcher Eustathius gelebt haben soll, in Streit gerathen, indem gegen die ältere Ansicht [21], nach welcher er etwa von 890 p. Chr. an bis gegen 950 gelebt hätte, von Andern, namentlich von Biener behauptet worden ist, daß er wo nicht unter Justinian selbst, doch gleich nach diesem Kaiser gelebt haben müsse [22]. Als Gründe dafür führt man zwar an, daß die Citate aus Justinians Rechtsbuche stets zuerst ständen, und die Citate aus den Basiliken in der Uf-

---

21) Bach historia jurisprudent. Lib. IV. c. 2. §. 10. Haubold lineamenta institut. hist. dogm. ed. Otto 1826. §. 318. S. 209. Desselben epitome 1809, S. 224. Spangenberg Einleitung in das Justin. Rechtsbuch, S. 576.

22) Biener Geschichte der Novellen, S. 124, 125. Desselben Beiträge zur Revision des Codex, S. 30, 31. Witte, die leges restitutae des Justin. Codex, S. 42, 43.

fenbachischen Handschrift (die man als das Originalmanuscript betrachtet) sogar gänzlich fehlten, daß das Werk ungewöhnlich sorgfältig gearbeitet sey, daß das Griechische noch mehr latinisire, als zur Zeit der Basiliken, und daß in dieser letztgenannten Zeit der Titel ἀντικήνσωρ sonst nicht mehr vorkomme, so daß man auf den Schluß gekommen ist, es müsse das Werk des Eustathius nach der Publication der Basiliken nochmals redigirt und durch Beifügung der Citate aus den Basiliken fernerhin zugänglich gemacht worden seyn. Allein diese Gründe scheinen doch sämmtlich von sehr schwachem Gewichte, und beruhen auf Schlüssen aus der Vergleichung, welche stets höchst unsicher sind. Vielmehr zeigt die Ansicht des Werkes selbst soviel mit Gewißheit, daß der Verfasser nach Justinian lebte, da Thaleläus und Anatolius citirt werden [23]), und sodann, daß es nach den Basiliken geschrieben worden seyn muß, indem die jedem Paragraphen angehängten Citate daraus so häufig mit dem Texte selbst dergestalt verwebt sind, daß die angebliche Redaction, von welcher in dem Werke selbst keine Spur zu entdecken ist, in der That eine ganz neue Arbeit gewesen seyn müßte, so daß wir denn doch nicht mehr das Originalwerk des Eustathius, sondern die auf seine Schrift entfernt gegründete neuere Arbeit eines Ungenannten besitzen würden. Daß es auch Citate aus dem Justinianeischen Rechtsbuche enthält, beweist unwiderleglich, daß es sogleich nach Publication der Basiliken geschrieben worden seyn muß, als noch die Exemplare von jenem in dem ganzen griechischen Reiche verbreitet und bekannt waren; die Uffenbachische Handschrift aber, die ohnehin mehr nur ein Auszug zu seyn scheint, da sie manches nicht enthält, was sich in andern Manuscripten findet, ist eben nur von oder für Jemanden geschrieben worden, der nach seinem persönlichen

---

23) Cap. 44. §. 1. der Ausgabe von Leunclavius; Schard hat diese ganze Stelle gar nicht in seiner Edition.

Verhältnisse kein Interesse an den Basiliken nahm, und deshalb die Citate aus diesem Rechtsbuche überflüssig fand. Uebrigens würde für unseren Zweck die Frage nach der Lebenszeit des Eustathius (für welche Abschweifung der Verf. beinahe um Nachsicht bitten muß!) im Grunde sogar gleichgültig seyn, indem jedenfalls aus der angeführten Stelle hervorgeht, daß man entweder zur Zeit der Verfertigung der Basiliken [24] und gleich nachher, oder aber bald nach Justinian selbst, die hier untersuchte Constitution durchaus in demjenigen Sinne verstand, welchen als den richtigen zu vertheidigen der Verf. sich verpflichtet glaubte. Daß aber auch unsere Praxis, namentlich die deutschen Gerichtshöfe [25] und selbst das Reichskammergericht [26] die gleiche Ansicht gehabt haben, läßt sich aus den in den Noten angeführten Schriftstellern ersehen, und es dürfte sonach auch die Gültigkeit der hier als richtig behaupteten Auslegung der fraglichen Constitution und der dadurch begründeten Erwerbart des Eigenthums, für unsere Praxis nicht zu bezweifeln seyn.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß man den ganz eigenthümlichen Erwerb des ager desertus nicht mit einer anderen ähnlichen römischen Rechtseinrichtung [27] verwechseln darf, zufolge welcher die Peräquatoren angewiesen waren, die abwesenden Eigenthümer verlassener Grundstücke durch öffentlichen Anschlag zum Wiederanbau und zur Bezahlung der von Andern etwa bisher darauf verwendeten

24) Daß auch die Basiliken diese Meinung an jenem, von uns bis jetzt noch nicht entdeckten Orte aufstellten, geht klar daraus hervor, daß sie zum Beweise citirt sind.

25) So findet sich ein Urtheil des Hofgerichts zu Wismar vom J. 1656 bei Mevius l. c., der Facultät zu Helmstädt von 1718 bei Leyser l. c. und des Hofgerichtes zu Hildesheim von 1734 bei Struben a. a. O.

26) Urtheil vom Jahre 1740 bei Cramer l. c.

27) L. 11. 14. Cod. h. t. L. 7. Cod. de censibus (11. 57.).

Kosten vorzuladen. Erschienen die Vorgeladenen binnen sechs Monaten nicht, so addicirte der Peräquator das Grundstück dem Besitzer, der bisher schon die öffentlichen Abgaben bezahlt hatte, oder in dessen Ermangelung irgend einer andern Person, und diese addictio gab dann volles Eigenthum; man sieht also, daß hier eine wahre sechsmonatliche Rechts- (nicht Klagen-) verjährung und eine Art von Adjudication stattfand, daher diese Vorschrift mit der hier betrachteten höchstens in der veranlassenden Ursache zusammentraf, allein heut zu Tage, wo wir keine römischen Peräquatoren und ganz andere processualische Grundsätze haben, nicht mehr angewendet werden kann.

IV.

Ueber tertio quoque die hinsichtlich des Auflesens der übergefallenen Früchte.

Noch immer sind unsere Rechtsgelehrten über die Willensmeinung des Prätors bei Erlassung des Edicts von dem Auflesen der auf das Land des Nachbarn herübergefallenen Früchte nicht einig, und selbst nachdem Thibaut [1]) das verdienstliche Werk gethan, den alten Irrthum auszutreiben, nach welchem in der hierher gehörigen Pandektenstelle [2]) unter quoque soviel als etiam verstanden werden sollte, was denn namentlich practisch zu einer wahren Ungereimtheit führen würde, so ist doch noch bis heute Streit über die Frage, welche Zeitberechnung der Prätor mit den Worten tertio quoque die ausdrücken wollte. Bei weitem die Mehrzahl der Bearbeiter versteht diesen Ausdruck dahin, daß das Recht die übergefallenen Früchte aufzulesen, je um den andern Tag,

---

1) Civilistische Abhandlungen S. 1 – 6

2) L. un. pr. de glande legenda (43. 28.).

also mit Aussetzung eines Zwischentages ausgeübt werden dürfe [3]), und nur eine, obgleich gewichtige Stimme [4]) hat sich dagegen erhoben, nach welcher des Prätors Worte so zu verstehen wären, daß stets zwei Tage zwischen den zum Auflesen bestimmten Tagen frei bleiben müßten. Bis jetzt ist nun dieser, für unser Vaterland an vielen Orten noch sogar unmittelbar practisch wichtige Streit über einen, ökonomisch nicht unbedeutenden Gegenstand nur durch Berufung auf ein einziges Pandektenfragment und auf einige wenige, obendrein fast gar nicht entscheidende Stellen aus nicht juristischen Classikern geführt worden — ihn nach den Quellen seiner Entscheidung näher zu bringen, soll hier versucht werden.

Hierzu giebt es zwei Wege, nämlich den der Entwickelung der Bedeutung jenes Ausdrucks aus der Logik der Sprache überhaupt und namentlich der lateinischen Sprache, und den des Beweises des Sprachgebrauches aus den in der Sprache geschriebenen Schriften. Der erste Weg, welchen man den philosophischen nennen könnte, ist hier schwerlich so zu betreten, daß er uns zu apodictischer Gewißheit führte, denn obgleich die Wortbedeutung des Pronomens quisque eine an sich rein separative, nicht aber eine con-

3) Thibaut a. a. O. und im Archiv für civilist. Praxis Bd. I. S. 117, 118. Schweppe jurist. Magazin, Bd. I. Heft 1. S. 142—145. Gaupp in der (Tübinger) kritischen Zeitschrift, Bd III. S. 255. Bd. IV. S. 501—503. G. F. P. (doch wohl Puchta) in Schunck jurist. Jahrbüchern, Bd. IX S. 21—25. Roßhirt Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. I. Heft 1. S. 117—119. Angeschlossen haben sich dieser Meinung Dirksen in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. II. S. 424. Wening System, Buch III. §. 299. u. A. m.

4) Grimm in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. III. S. 351. und in der (Tübinger) kritischen Zeitschr. Bd. IV. S. 171—174. Facciolati in seinem Lexicon, Ausgabe von Forcellini, giebt gar keine Erklärung.

junctive ist, und man in der That nicht einsehen kann, was dazu berechtigte, bei mehreren auf einander folgenden Zeiträumen, deren jeder mehrere Tage z. B. drei Tage (triduum) befaßt, den letzten Tag des vorhergehenden Zeitraumes jedesmal zugleich als den ersten Tag des folgenden Zeitraumes zu zählen, so ist doch auf der anderen Seite nicht zu läugnen, daß dies auch anders seyn könnte, und daß eine specielle Sprachsitte allerdings einen solchen, wenn auch an sich nicht streng logischen Gebrauch rechtfertigen könnte; in der deutschen Sprache wird ja auch, und von den besten Schriftstellern, zur Bezeichnung derjenigen Tageberechnung, bei der stets nur ein Zwischentag ausgesetzt bleibt, statt des eigentlich allein richtigen Ausdruckes: je um den andern Tag, oder noch besser: jeden zweiten Tag, mitunter wohl gesagt: je um den dritten Tag, oder: jeden dritten Tag.

Es bleibt also allein der zweite angezeigte Weg übrig, welchen man den empirischen nennen möchte, und dieser wird hoffentlich zu einem bestimmten Resultate führen.

Zum Beweise der ersten Ansicht, nach der tertio quoque die soviel bedeuten sollte, als: mit Aussetzung eines Zwischentages, führt man mehrere Angaben aus nicht juristischen Schriftstellern und eine Stelle aus dem Justinianeischen Rechtsbuche an, aus welcher dieser Sprachgebrauch hervorgehen soll, namentlich eine Aeußerung von Ovidius [5]), welcher sagt:

In Scythia nobis quinquennis Olympias acta est

---

5) Epistolae ex Ponto, Lib. IV. ep. 6. v. 5. Auf den von Manchen als wichtig gerühmten Grund, der aus dem bekannten Sinne des tertius dies ante Calendas hervorgehen soll, glaubt der Verf. sich nicht einlassen zu müssen, weil jenem Ausdrucke das Fürwort quisque fehlt, und besonders weil nicht von dem mehrmaligen Wiederkehren desselben mehrtägigen Zeitraumes die Rede ist, folglich hier gar nichts dadurch entschieden wird.

und stellt damit zusammen die Beschreibung eines hohen Lebensalters bei Martialis [6]:

Hic prope ter senas vidit Olympiadas

woraus folgen soll, daß die Römer die Olympiaden mitunter so gerechnet hätten, daß sie das letzte Jahr der früheren Olympiade als das erste der folgenden gezählt, und der einzelnen Olympiade also fünf Jahre gegeben hätten. Allein dies ist einmal ganz falsch, denn Ovid spricht nicht von mehreren nach einander folgenden Olympiaden, sondern von einer einzigen, und will offenbar nur den langsamen Ablauf der Zeit in dem traurigen Scythien dadurch schildern, daß er dort der Olympiade eine Dauer von fünf Jahren giebt, sowie auch Martial keineswegs gerade die Zeit von neunzig Jahren im Sinne hatte, wie die Commentatoren meinen, indem er sonst unglaublicher Weise jede der achtzehn Olympiaden, von welchen er spricht, zu fünf Jahren rechnen müßte, sondern er nannte eben achtzehen Olympiaden und nichts weiter, was ein Alter von 72 Jahren (bei uns freilich eine ungerade und ungewöhnliche Zahl, nach der Olympiadenrechnung aber gar nicht), also auch schon ein hohes Lebensalter ausmacht. Sodann aber, das Unmögliche sogar zugegeben, würde dies für die Bedeutung des Pronomen quisque mit einer Ordinalzahl verbunden, nicht das Mindeste beweisen, weil jene Distributivzahlwörter, wie seni, stets eine Verbindung der gezählten Gegenstände zu einem Ganzen anzeigen, während quisque bei einer Ordinalzahl gerade die Trennung der, nur neben einander stehenden Gegenstände bedeutet. Aus diesen Gründen ist denn folgender Vers des Statius [7]) ebenso wenig hierher gehörig:

Dextra bis octonis fluxerunt saecula lustris.

---

6) Epigrammat. Lib. VII. epigr. 39. v. 6.

7) Publ. Papinii Statii Silvae, Lib. III. cant. 3. v. 146. Wollte man diese sonderbare Angabe auch so verstehen, daß jedes Lustrum zu sechs Jahren gerechnet würde, so kämen mit 16 lustra

Vollends aber können einige Stellen von Cicero, welche man hier anzuführen pflegt, gar nichts darthun, denn wenn er bei Uebersetzung einer Scene des Aeschylus den Prometheus, der über den Geyer jammert, sagen läßt:

> Jam tertio me quoque funesto die
> — dilaniat — [8])

oder wenn er von dem Metellus erzählt:

> tertio quoque verbo orationis suae me appellabat [9]),

und ebenso von den Alexandrinischen Gesandten, welche den Gabinius vertheidigten, sagt:

> tertio quoque verbo excitabantur [10]),

so müßte man bei diesen Aeußerungen wissen oder beweisen können, was Cicero damit eigentlich gemeint habe; jetzt sind sie für uns gänzlich unbestimmt, können sowohl diese als jene Berechnungsart bezeichnen, und dürfen daher, wenn nichts sonst für Cicero's Redeweise sich darthun läßt, gar nicht zum Beweise hierher gezogen werden, worüber jedoch erst weiter unten gesprochen werden kann. Ebenso ist die Angabe von Columella [11]) bei Gelegenheit der Oelbereitung aus Oliven, ganz unbestimmt:

> quotidie per terram volutari; deinde tertio quoque aut quarto die — mitti

---

nur 96 Jahre, mithin noch immer nicht das Jahrhundert heraus, welches doch aus den sechzehn Lustren bestehen soll, daher die Stelle entweder corrupt seyn, oder einen ganz anderen Sinn haben muß.

8) Cicero tuscul. disputat. Lib. II. c. 10.

9) epistol. ad diversos, Lib. V. ep. 2.

10) Orat. pro Rabirio Postumo, cap. 12.

11) de re rustica, Lib. XII. c. 48. Diese Stelle wird in den Note 3. citirten Schriften nicht angeführt, gleich den meisten anderen hier mitgetheilten Beweisstellen.

indem er nur vorschreibt, daß die Oliven jeden Tag umgedreht werden sollen, und diesem Geschäfte das nicht täglich, sondern in längeren, jedoch absichtlich unbestimmt gelassenen Zeiträumen geschehende Auspressen entgegengesetzt, also gleichfalls nicht zeigt, in welchem Sinn er tertio quoque die gebraucht hat. Endlich aber läßt sich aus folgendem Verse von Plautus [12]:

> Neque nisi quinto anno quoque posse tum visere Urbem —

gar nichts abnehmen, wobei noch nicht einmal gewiß ist, ob quoque, welches hier dem Substantiv nachgesetzt ist, überhaupt der Ablativ von quisque und nicht vielmehr die Conjunction ist, welche gleichfalls zum Gesammtsinne paßt.

Indessen wird das eigentliche Gewicht von den Vertheidigern dieser ersten Ansicht auf zwei andere Stellen gelegt. Die eine derselben von Gellius [13]), sagt folgendes:

> Item esse compertum et creditum, Sauromatos — cibum capere semper diebus tertiis, medio abstinere

und man glaubt allgemein, daß hier diebus tertiis soviel als tertio quoque die bedeute (was denn auch unstreitig richtig ist), und daß folglich dabei nur ein Zwischentag stattfinde, welcher mit dem Worte medio scil. die bezeichnet worden sey. Allein man hat bei dieser, offenbar von vorgefaßter Meinung ausgegangenen Erklärung nicht bedacht, daß man dabei dem guten Gellius einen bedeutenden Sprachfehler unterschiebt, indem, wenn er vorher von diebus tertiis in der Mehrzahl, also von dem immer wiederkehrenden dritten Tage spricht, er auch von dem Zwischen-

12) Mercator, prolog. v. 66.

13) Gell. noct. attic. Lib. IX. c. 4. Die Erklärung, welche Grimm von dieser Stelle giebt, scheint dem Verf. durchaus nicht zu genügen, und zu keinem Resultat zu führen.

tage in der Mehrzahl, und nicht als von einem nur einmal vorhandenen reden, folglich mediis geschrieben haben müßte; es bedeutet aber medio (wer Lust hat, kann allenfalls tempore in Gedanken zusetzen) bekanntlich soviel als „in der Mitte", oder „in der Zwischenzeit", es ist ein quantitativ ganz unbestimmter Ausdruck, und kann daher in der vorliegenden Stelle ebenso gut den einen, als die zwei jedesmaligen Zwischentage bezeichnen, so daß diese Stelle gar nichts beweißt. Die andere ist ein Pandectenfragment[14]) also lautend:

> Item quaesitum est, si quis, dum putat tertio quoque die habere se jus aquae ducendae, duxerit una die, an recte, et sine captione possessoris recte duxisse videtur, ut hoc interdictum habeat? ait enim Praetor: uti hoc anno aquam duxisti, id est alternis diebus. Illud autem nihil interest, utrum quinto die aqua debeatur, an alternis diebus, an cottidie, ei, qui hoc interdicto uti velit; nam cum sufficiat, vel uno die hoc anno aquam duxisse, nihil refert, qualem aquaeductum habens, duxerit etc.

und indem man annimmt, daß alternis diebus darin als gleichbedeutend mit tertio quoque die gebraucht sey, glaubt man diese Aeußerung wenigstens als Beweis für die Rechnung mit einem Zwischentage anführen zu können. Indessen möchte das noch sehr problematisch seyn. Ulpian will nämlich in diesem ganzen Paragraphen zeigen, wie gar

---

14) L. 1. §. 22. de aqua cottidiana (43. 20.). Dieses Fragment halten die Meisten für unbedingt entscheidend, allein das scheint dem Verf. kein Grund sich von eigener Untersuchung abschrecken zu lassen, und er hält es beinahe nicht für ganz recht, wenn Gaupp a. a. O. einen Gelehrten von solchem Verdienst, wie Grimm, hinsichtlich dieses Fragments mit Auctoritäten plattschlagen will, blos, weil letzterer für das Studium des römischen Rechtes nicht zünftig ist.

nichts darauf ankomme, ob man die Wasserservitut alle Tage, oder in mannigfach abwechselnden Tagen auszuüben berechtigt sey, und daß die Worte des Edicts uti hoc anno aquam duxisti keineswegs den Sinn haben, daß man gerade ebenso die Servitut im letzten Jahre ausgeübt haben müsse, wie man sie als Recht in Anspruch nimmt, sondern er sagt, daß es, um das Interdict zum Schutze des Quasibesitzes der Servitut mit Erfolg anstellen zu können, schon hinreiche, wenn man sie nur einen einzigen Tag im letzten Jahre ausgeübt habe. Diese Ansicht sucht er durch Beispiele zu erläutern, wenn etwa Jemand das Recht behaupte tertio quoque die die Servitut auszuüben, oder quinto quoque die, oder alternis diebus, oder cottidie, das alles sey hinsichtlich der Requisite des Interdicts einerlei. Keineswegs aber stellt er tertio quoque die und alternis diebus einander gleich, sondern die Worte id est alternis diebus beziehen sich auf uti duxisti, und nicht auf tertio quoque die. Ulpian stellt also den (nachher widerlegten) Zweifel nur dahin auf, ob nicht, wenn man die Servitut tertio quoque die, oder alternis diebus als Recht in Anspruch nehme, sie auch ebenso müsse factisch ausgeübt worden seyn, weil dies die Worte uti duxisti vorzuschreiben schienen, so daß er mit den Worten tertio quoque die und alternis diebus eben zwei, der Mannigfaltigkeit wegen gegebene, und ganz von einander verschiedene Beispielsfälle bezeichnen wollte, und recht absichtlich mit den Zahlen, als mit einer ganz gleichgültigen Sache abwechselt.

In der That aber — und hiermit gehen wir zu den Gründen für die zweite Ansicht über, welche bei tertio quoque die zwei freie Zwischentage annimmt, und deren Richtigkeit darzuthun der Zweck dieser Bemerkung ist — würde es auch allzu auffallend seyn, wenn Ulpian, dessen Styl und Sprachrichtigkeit wir sonst mit Recht so sehr bewundern, tertio quoque die und alternis diebus, was denn natürlich mit altero quoque die gleichbedeutend ist, als sy-

nonyme Ausdrücke angewendet hätte. Viele Stellen [15]) aus den Rechtsquellen, wie aus nichtjuristischen Classikern beweisen nämlich mit Entschiedenheit, daß alternis diebus oder altero quoque die diejenige Berechnung bedeutet, wobei immer ein Zwischentag frei bleibt; nun ist aber nach der bestimmten Angabe des Scholiasten Servius [16]) alter mit duo oder secundus gleichsinnig, und es würde also das ungereimte Resultat herauskommen, daß secundo (altero) quoque die und tertio quoque die, d. h. die Berechnung nach der Zweizahl und die nach der Dreizahl ganz gleichbedeutend wäre, was anzunehmen geradezu unmöglich ist.

Es läßt sich also nicht eine einzige Stelle mit Sicherheit nachweisen, welche bestimmt der ersten Ansicht zum Schilde diente; für die zweite hingegen hofft der Verf. so glücklich gewesen zu seyn, eine Menge absolut entscheidender Stellen aufzufinden, welche er mittheilen will. Zuvörderst sagt Cicero, dessen Auctorität für den richtigen römischen Sprachgebrauch wohl Niemand hier bestreiten wird:

> quinto quoque anno Sicilia tota censetur, erat censa praetore Peducaeo, quintus annus cum te praetore incidisset, censa denuo est [17]).

Ließe sich aus den Fasten mit Bestimmtheit nachweisen, wie viele Prätoren zwischen Peducäus und Verres waren, so würde dadurch auf das leichteste bestimmt, was Cicero hier mit quinto quoque anno und nachher mit quintus an-

---

15) L. 5. §. 1. de servitutibus (7. 1.). L. 7. quemadmodum servitutes amitt. (7. 6.) Columella lib. V. c. 8. — *olea non continuis annis sed altero quoque fructum affert* — Sueton. de illustr. Grammatic. c. 4. — *alternis diebus declamare, alternis disputare* — Macrobii Saturnal. Lib. I. cap. 13. med. u. s. w.

16) Servius ad Virgil. Eclog. VIII. v. 39. *alter enim de duobus dicitur* etc.

17) in Verrem Orat II. Lib. II. cap. 56. No. 139.

nus meint; allein es bedarf dessen nicht, da wir bekanntlich wissen, daß der Census für Rom (nicht die Amtsgewalt des einzelnen Censors) nach dem Aemilischen Gesetze ein „quinquennalis“, d. h. ein volle fünf Jahre dauernder war, und erst nach gänzlichem Ablaufe des Quinquenniums erneuert wurde [18]; was ist nun natürlicher, als daß diese Einrichtung auch in der Provinz Sicilien stattfand und folglich quinto quoque anno bedeutet, daß jedes fünfte Jahr, also mit vier Zwischenjahren (nicht mit dreien, wie die Gegner sagen müßten) der Sicilische Steuercataster erneuert wurde? An einer andern Stelle [19] sagt aber Cicero noch:

> Ei (Pompejo) tamen sic nunc solvitur, tricesimo quoque die talenta Attica XXXIII, et hoc ex tributis, nec id satis efficit ad usuram menstruam.

Er klagt hier gegen seinen Freund Atticus über die Erschöpfung der römischen Finanzen, und sagt, daß die von Ariobarzanes an Pompejus geleisteten Zahlungen nicht einmal zur Deckung der monatlichen Zinsen (usura menstrua) hinreichten; diese Zahlungen, welche auf die monatlichen Zinsen verwendet wurden, geschahen aber tricesimo quoque die, folglich auch monatlich, am letzten Tag jedes Monats, mithin bedeutet dieser Ausdruck hier, daß jedesmal mit neunundzwanzig (nicht achtundzwanzig) freien Zwischentagen am dreißigsten Tage gezahlt wurde, und es ist also, wie schon die Monatsrechnung mit sich bringt, völlig klar, daß der tricesimus dies des einen Monats nicht zugleich wieder als der primus dies des folgenden Monats gezählt wurde. Hierdurch gewinnen auf einmal die oben betrachteten Aeußerungen Cicero's ein Interesse, indem es sich jetzt natürlich von selbst versteht, daß

---

18) Livii histor. Lib. IV. c. 24. Lib. IX. c. 33. Nieupoort de ritibus Romanor. Sect. II. c. 9. §. 1.

19) Epistol. ad Atticum, L. 6. c. 1. init.

sie in der gleichen Weise ausgelegt werden müssen, und dadurch ebenfalls beweiskräftig werden.

So spricht ferner Cäsar [20]) von dem Resultate einer Musterung nach einer Schlacht:

Cognoscit, non decimum quemque esse relictum militem sine vulnere.

Ist nun hier möglich anzunehmen, daß Cäsar, welcher die Schlacht als eine blutige beschreiben und den Grund angeben wollte, warum er den Feind nicht verfolgte, so wunderlich gesprochen hätte, daß von 19 Soldaten zwei, oder von drei und siebenzig Soldaten acht verwundet seyen? Hat er nicht vielmehr offenbar sagen wollen, daß immer von zehen Mann neun zwar unverletzt, der zehnte aber verwundet gefunden wurde?

Ebenso sagt Suetonius [21]) von dem Schalttage:

Unus dies quarto quoque anno intercalaretur,

was mithin beweißt, daß er bei diesem Ausdrucke stets drei Jahre dazwischen annahm, in welchen kein Schalttag stattfand, also gerade wieder die hier vertheidigte Bedeutung des tertio quoque die. Noch deutlicher, wenn möglich, spricht Macrobius [22]) von der Cäsarianischen Aenderung in der Jahresberechnung:

statuit, ut quarto quoque anno sacerdotes — unum intercalarent diem —

und erklärt dies im nämlichen Capitel sehr gut so:

nam cum oporteret diem, qui ex quadrantibus confit, quarto quoque anno confecto, antequam quintus inciperet, intercalare, illi quarto non peracto sed incipiente intercalabant.

---

20) Bell. Gallic. Lib. V. cap. 52.

21) Vita Jul. Caesar. c. 40.

22) Saturnalior. Lib. I cap. 14.

An einem anderen Orte [23]) sagt derselbe Schriftsteller, daß bei der Jahresrechnung des Numa nach Mondjahren

octavo quoque anno nonaginta dies

eingeschaltet wurden, spricht gleich darauf zur Erklärung von „octennium“ also von einem Zeitraume von vollen acht Jahren, und sagt dann:

per octo annos nonaginta quasi superfundendos — putabant dies,

wo die Präposition per wieder die Nothwendigkeit des vollen Ablaufs der acht Jahre aufs deutlichste beweißt, und an nur sechs Zwischenjahre nicht zu denken ist — solche Stellen überheben in der That auf die angenehmste Weise aller weiteren Auseinandersetzung. Endlich, um nichts zu übergehen, spricht auch der gelehrte Isidorus Hispalensis [24]) von dem Wiederkehren des Schaltjahres gerade in demselben Ausdrucke, wie vor ihm Macrobius und Suetonius gethan haben, und wenn auch dieser Schriftsteller nicht für den Redegebrauch der classischen Periode unmittelbar entscheiden kann, so ist doch hier, wo er (wie fast immer) aus älteren Quellen schöpfte, ein Beweis dafür vorhanden, daß diese seine Quellen sich des nämlichen Ausdruckes bedienten, um diejenige Zeitberechnung anzugeben, in der nach drei gleichgültigen Jahren stets das vierte bedeutungsvolle Jahr wiederkehrt.

Es ist also durch viele ganz gleichmäßige Zeugnisse aus den besten römischen Schriftstellern dargethan, daß zu allen Zeiten die Zusammenstellung des Wortes quisque mit einer Ordinalzahl eine gänzlich separative Bedeutung gehabt, und stets die Sitte geherrscht hat, den letzten Tag, Monat u. s. w. des angegebenen Zeitraums nur als zu diesem Zeitraume ge-

23) Ibid. cap. 13. Im Cap. 15. wiederholt er ähnliche Ausdrücke nochmals und später noch öfters.

24) Isidori Origines s. etymologiae Lib. VI. c. 17. §. 25. nach der Ausgabe von Lindemann Corpus Grammaticorum latinor. veterum, 1833. T. III. p. 204.

hörig, nicht aber auch wieder als den ersten des darauf folgenden Zeitraumes zu zählen, was denn für die Erklärung des tertio quoque die hinsichtlich des Auflesens der auf das fremde Land hinübergefallenen Früchte, das unbezweifelbare Resultat giebt, daß dieses Auflesen immer nur mit Aussetzung von zwei Zwischentagen geschehen durfte. Uebrigens müßte sich ganz das nämliche Resultat vermöge allgemeiner rechtlicher Grundsätze auch schon dann ergeben, wenn es nur zweifelhaft wäre, ob tertio quoque die nach genauem deutschen Ausdrucke jeden zweiten Tag, oder aber jeden dritten Tag bedeutete. Denn der Prätor griff durch die Anordnung seines Interdicts de glande legenda in die Freiheit des Eigenthumes an den fruchttragenden Grundstücken ein, und gab dem Eigenthümer des Baumes ein s. g. privilegium favorabile, während er zugleich gegen den Eigenthümer des Bodens ein s. g. privilegium odiosum festsetzte; es entscheidet daher nicht allein der schon in der ersten dieser Bemerkungen entwickelte Grundsatz, daß alle gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen nur nach dem strengsten Beweise anzunehmen sind, sondern es sprechen auch die allgemein bekannten Regeln über die Auslegung der Privilegien auf das unbedingteste dafür, daß die Wiederkehr des Auflesetages so weit, als es nach dem zweideutigen Wortsinne möglich ist, hinausgeschoben, folglich angenommen werden muß, daß man nur mit Aussetzung von zwei Zwischentagen die übergefallenen Früchte des eigenen Baumes auf dem fremden Lande einsammeln darf.
